

EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI (A Questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi afastada por inconstitucional)

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Desembargador Federal do TRF - 5ª Região

1. Introdução; 2. Os sistemas de controle de constitucionalidade; 3. O modelo brasileiro; 3.1. Controle Difuso; 3.2. O controle abstrato/concentrado; 4. Os efeitos da inconstitucionalidade, no Brasil; 4.1. Controle abstrato/concentrado; 4.2 - Controle difuso; 4.3 – A questão da repristinação da lei que revogou lei anterior e que, posteriormente foi afastada, por inconstitucional; 5. Breves conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 58586/AL, em que são parte Destilaria Autônoma Porto Alegre Ltda e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, voltei a enfrentar questão a respeito da alegada vedação da repristinação, por lei posteriormente afastada por inconstitucional, a cujo respeito tinha procedido algumas anotações, com o propósito de escrever artigo a respeito. Ao responder gentil correspondência do Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, para colaborar com a edição da Revista da Escola de Magistratura Federal, brilhantemente dirigida por ele, lembrei-me dessa experiência, que resolvi aproveitar, para com os complementos utilizados na decisão que iria proferir no supramencionado agravo, atender ao convite, que tenho como verdadeira intimação, tal o apreço que me merece a convocação.

Já se observou que o homem tem porfiado por estabelecer um sistema de normas que se lastreiem em uma norma fundamental, de modo a estabelecer uma “hierarquia” para as leis e de garanti-la. Isso resulta da luta suprema do ser

humano para vencer o contingente, de modo a estabelecer-se que *as leis mudam, mas permanece a Lei*¹. Essa preocupação é mais antiga do que a sistematização promovida por HANS KELSEN² quando imaginou o ordenamento jurídico de forma piramidal, estruturado a partir da uma norma geral fundamental, identificada com a Constituição, muito embora esse autor concebesse a norma fundamental como aquela norma presente na consciência da comunidade jurídica regrada por determinada ordem jurídica, como suposto de que se deve respeitar e acatar as normas que a integram, correspondente ao imperativo categórico de KANT.

Inicialmente, essa tendência buscou amparo no ideário do jusnaturalismo. Assim, uma lei que se revelasse injusta não deveria ser obedecida por não se ajustar ao direito natural, imposto por Deus, como o ideal de justiça. A inconstitucionalidade da lei se revelava como uma afronta aos valores contemplados pelo direito natural. Superada a concepção do direito natural como algo vindo de fora do sistema jurídico, continuou o homem a buscar um referencial que pudesse servir de fundamento à consagração de valores que deveriam ser respeitados pelas normas, sob pena de perderem a validade.

Nesse sentido, JORGE MIRANDA observou que a inconstitucionalidade não deve ser vista apenas como uma sanção de invalidação da norma que contrarie o texto constitucional, por ir mais além, revelando-se como um mecanismo de garantia dos direitos, mediante o qual considera-se a invalidade de certas normas para que a eficácia garantística da Constituição seja reposta³.

Segundo MAURO CAPPELLETTI, isso se operou com a adoção de várias providências: em primeiro lugar, admitem-se as constituições modernas como normas prevalentemente “de valor” porque ainda que expressas em fór-

¹ - Cf. Mauro Cappelletti, “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, tradução ao vernáculo por Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, p. 09-15.

² - Segundo observa Carlos Blanco de Moraes, muito antes da existência do constitucionalismo e, pois, de haver-se concordado com a excelência da constituição como documento escrito que se queria permanente, já se destacava em vários países, entre os quais Portugal, a figura dos embargos de nulidade, opostos em juízo pelos particulares, contra atos normativos aprovados pela autoridade real, com violação das chamadas “Leis Fundamentais”, ou de “jus superior”, sobretudo quando tais atos normativos se mostrassem lesivos aos seus direitos e privilégios. Cf. “Justiça Constitucional”, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Coimbra Editora, 2002, p. 325.

³ - Cf. “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, Coimbra Editora, 1996, reimpressão, p. 13.

mulas necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas, tem-se que a Constituição define uma tábua de valores que rege determinada sociedade e que por isso devem ser respeitados. Depois, se busca atribuir um caráter rígido a essa Constituição. Em terceiro lugar, surge a grande novidade, busca-se transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas consagradas na Constituição e a inefetividade daquela prevalência, numa efetiva, dinâmica e permanente “concretização” desses valores, através da obra de um intérprete qualificado: o juiz constitucional (*Hüter der Verfassung*)⁴.

Assim, desenvolveu-se um controle – ou, como preferem os lusos, uma fiscalização – da constitucionalidade das leis, cujo exame, ainda que sumário, se torna obrigatório, para apurar-se os efeitos que produz a inconstitucionalidade.

2. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É comum resumir-se o controle de constitucionalidade das leis ao sistema político e ao sistema jurídico, subdividindo-se este último no controle difuso e/ou abstrato, reservado este último a um Tribunal Constitucional⁵.

O sistema de controle político é o que, em lugar de atribuir o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, prefere cometê-lo a outro poder de natureza política, como o Parlamento, na forma existente na Inglaterra⁶, onde a constituição é flexível ou a um órgão de natureza especialmente criado para esse

⁴ - Idem, ibidem.

⁵ - Há várias classificações a respeito, impossível de serem todas mencionadas no corpo de um artigo destinado a examinar, sumariamente, a problemática dos efeitos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade. José Alfredo de Oliveira Baracho fez referências a alguns, do que ressalto a alusão à classificação de Marcelo Caetano: controle exercido por órgão político comum, por órgão político especial, por órgão jurisdicional especial; ou – por fim, por órgão jurisdicional comum (Manual de Ciência Política e Direito constitucional, Tomo I, p. 346 e s) e Georges Duverger, para quem havia um controle pelo corpo político, controle por um juiz ou ausência de controle (Cours de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Le Cours de Droit, 1956-1957, Paris, p. 183). Cf. “Processo Constitucional”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 169. Jorge Miranda, por sua vez, para ficarmos só nesses autores, resume o que considera como modelos de fiscalização aos seguintes: 1º - modelo de fiscalização política, centrado no exemplo francês, profundamente ligado ao dogma do constitucionalismo daquele país; 2º - modelo de fiscalização judicial (judicial review), com origem nos Estados Unidos, em 1803; e o 3º - modelo de fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional, de matriz austríaca, por ter como paradigma o tribunal criado pela Constituição austríaca de 1920, sob inspiração de Hans Kelsen. Cf. “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade – Coimbra Editora, 1996, 3ª ed. (reimpressão), p. 381.

⁶ - Nesse sentido, Oswaldo Luiz Palu, “Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 93.

fim, como o Conselho Constitucional francês, muito embora se defenda que modernamente se aproxima do sistema jurídico, havendo alguns autores que o identifiquem como Corte Constitucional⁷.

Nada obstante, não se revela como um genuíno Tribunal Constitucional, porque não apresenta os traços nítidos de um órgão jurisdicional⁸. Como assinala em outro artigo publicada por esta mesma revista (nº 7., agosto 2004, p. 109-125), pois se apresenta “... como uma justiça constitucional, particular, original, na medida em que aprecia matérias constitucionais despreocupado ou alheio à aplicação da regra constitucional em sentido estrito. É uma justiça constitucional de feitiço único e específico porque os litígios que lhe são atribuídos para decidir se sobrepõem aos problemas constitucionais” (Cf. ob cit. p. 114).

Ademais, como assinala no mesmo artigo e no mesmo local, o Conselho Constitucional não exercita o controle difuso da lei – e se pudesse dizer, só por isso que esse tipo de controle não integra a jurisdição constitucional exercida por um verdadeiro Tribunal Constitucional – tal conclusão não se compadece com a atuação do Conselho de Estado que, por sua vez, esse tipo de controle.⁹

O verdadeiro sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, pelo contrário, é atribuído apenas e tão somente aos Tribunais, ou ao Poder Judiciário, como um todo e compreende, por sua vez, várias espécies.

Muito embora esse tipo de controle tenha sido identificado com cabível apenas e tão somente nos países onde existem constituições rígidas¹⁰, C. A. LÚCIO BITTENCOURT observou, em obra clássica, que isso não correspon-

⁷ - Como o fez Louis Favoreu, na obra “Los Tribunales Constitucionales”, tradução ao espanhol da obra “Les Cours Constitutionnelles”, por Vicente Villacampa, Editorial Arel S/A, Barcelona, 1944, p. 27-35.

⁸ - Carlos Blanco de Moraes assinala que o Conselho de Estado é tido como um órgão que exercita o controle de constitucionalidade, numa visão mais ampla da jurisdição constitucional, onde predomina o controle preventivo. Cf. “Justiça Constitucional – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 315-316.

⁹ - Como observou Francine Batalleur, “Le Conseil d’État Juge Constitutionnel”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, p. 2021 e ob cit. p. 115 e nota 14, ao pé da página.

¹⁰ - Paulo Bonavides, por exemplo, assentou que o controle da constitucionalidade é uma consequência das constituições rígidas. Cf. “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros Editores, 9ª ed. revista, atualizada e ampliada com as Emendas Constitucionais, até a de nº 24, de 10.12.1999, p. 267. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, porém, após observar que grande parte dos juristas seguiam esse modo de pensar, refere que muitos outros não consideram assim, preferindo vincular o sistema de controle de constitucionalidade não a uma consequência natural das constituições rígidas, senão como decorrência do regime federativo, incluindo entre estes Rui Barbosa, que considerou como o maior dos constitucionalistas que o país já teve. Cf. “A Teoria das Constituições Rígidas”, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1980, 2ª ed., p. 100.

de à realidade, por afirmar que em vários países da Europa continental com constituições costumeiras há um sistema de controle jurisdicional¹¹.

Costuma-se distinguir, no controle jurisdicional, o controle pela via incidental – ou controle difuso, também chamado controle no caso concreto – e o controle abstrato e se acrescenta um sistema de controle misto em que se exercem ambas as formas de controle, que usualmente recebe essa denominação, como o existente no Brasil.¹²

No entanto, JOSÉ AFONSO DA SILVA observa, com melhor razão, que há apenas três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto, com reserva desta última denominação para o sistema em que a constituição destina certas espécies de leis para o controle político e, outras, para o controle jurisdicional, como ocorre na Suíça.¹³

A Constituição Federal brasileira não sistematizou, no corpo mesmo de suas normas, esse controle. Limitou-se a discipliná-lo apenas em respeito à competência das autoridades jurisdicionais para exercê-lo, mesmo assim sem nada haver dito, especificamente, em respeito ao juízo monocrático¹⁴. Há, porém, uma disciplina bem estruturada na Constituição da República Portuguesa (CRP), que se invoca como subsídio do direito comparado para ajudar no estudo do tema e, por isso, se revela a seguir.

¹¹ - Cf. “O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis”, atualizado por José Aguiar Dias, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1968, 2ª ed., p. 09.

¹² - Uadi Lamêgo Bulos, por exemplo, afirma que “... vigora, no Brasil, o controle misto da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, mesclando o controle difuso, por exceção, com o controle concentrado, por ação”. Cf. “Constituição Federal Anotada”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, 4ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 35/2001. Muito embora Edvaldo Brito já houvesse reconhecido o equívoco de falar-se em um terceiro tipo de controle denominado de misto. Cf. “Aspectos Inconstitucionais da ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal”, artigo inserto na obra coletiva “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Saraiva, 1994, p.39-50, mais precisamente p. 46.

¹³ - Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros, 20ª ed. revista e atualizada até a EC nº 35, de 120.12.2001, p.49.

¹⁴ - Não há nenhum dispositivo na CF/88 que disponha sobre o poder de o Juiz deixar de aplicar a norma jurídica que reputar inconstitucional. O único dispositivo que se conhece a respeito – nada obstante nenhum magistrado brasileiro tenha deixado de recusar-se a aplicar a norma que reputa inconstitucional – é o do art. 13, § 10 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que dispunha sobre a organização da justiça Federal e que, como não voltou a ser disciplinado por lei nenhuma, se tem como ainda em vigor. O dispositivo, mantida a grafia da época, tem a seguinte redação: Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Essa constituição (portuguesa, naturalmente) traz dispositivos expressos a respeito – exatamente na Parte IV – reservados para a disciplina do que denominou “Garantia e Revisão da Constituição”, em que se destinou todo o Título I para “Fiscalização da Constitucionalidade”, denominação que substituiu a anterior “Garantia da Constituição” e que preferiu a de Controle de Constitucionalidade, por estabelecer um corpo estruturado de normas, cuja sistematização penso que deveria servir de inspiração ao constituinte brasileiro e, pela disciplina traçada nos artigos 277º (como assim se enumera) a 283º, pode-se resumir que há três tipos preponderante de processos de fiscalização de constitucionalidade ou de controle de constitucionalidade, como refere JORGE MIRANDA:

1º - Processo de fiscalização concreta (arts. 107º e 280º da Constituição da República Portuguesa CRP e art.s 69º e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), correspondente ao nosso processo difuso de controle de constitucionalidade, sem domicílio constitucional expresso;

2º - Processos de fiscalização abstrata de inconstitucionalidade por ação, que se subdivide em duas espécies:

2.1 – fiscalização preventiva (arts. 278º e 279º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e arts. 57º e s. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), correspondente à nossa ação declaratória de constitucionalidade;

2.2 – fiscalização sucessiva (arts. 281º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e arts. 62º e s. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), correspondente à nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵.

3º - Processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e arts. 67º e 68º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).¹⁶

3. O MODELO BRASILEIRO

Muito embora não se encontre sistematizado, na própria Constituição, como no exemplo português, pode-se tentar um resumo do modelo brasileiro. É um sistema onde já se consagrou o controle difuso, preponderantemente reservado para a atuação do juiz monocrático ou de primeiro grau, cujo fundamento

¹⁵ - Carlos Blanco de Moraes menciona expressamente que a fiscalização abstracta sucessiva é vulgarmente conhecida como ação directa de inconstitucionalidade”. Cf. “Justiça Constitucional”, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade – Coimbra Editora, 2002, p. 301.

¹⁶ - Cf. “Manual de Direito Constitucional”, ob. cit., p. 433.

se encontra no art. 13, § 10 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ainda em vigor¹⁷. Além disso, há o controle concentrado – ou abstrato – reservado apenas para o Supremo Tribunal Federal, como se deduz da competência exclusiva que lhe reserva o art. 102, parte final e o inciso I deste mesmo dispositivo da CF/88.

3.1 CONTROLE DIFUSO

O controle difuso – exercido preponderantemente pelo juiz monocrático – não é monopólio dele. O referido § 10 do art. 13 da referida lei menciona, expressamente, com a ortografia própria da época: *juízes e tribunaes*. Significa dizer que também os tribunais exercitam esse controle difuso, quando apreciam pela via de exceção a alegação de inconstitucionalidade de uma norma e, nesse caso, se limitará a deixar de aplicá-la ao caso concreto, se admitir a alegação. Apreciar por via de exceção significa dizer que, nesse controle, não se apreciará a questão prejudicial como objeto mesmo do pedido de tutela jurisdicional, mas se examinará essa questão como uma questão incidental. O exercício do controle difuso pelos Tribunais se dá, portanto, em duas situações: na apreciação dos processos de sua competência originária ou na apreciação pela via recursal.

No primeiro caso, o controle pela via incidental se exercita, no dizer de J. C. BARBOSA MOREIRA¹⁸, em respeito à questão que engata no raciocínio lógico do magistrado, de tal forma que não poderá decidir a respeito do que lhe foi pedido – de forma principal ou *principaleter* – se o magistrado monocrático ou coletivo (Tribunal) não apreciar e decidir essa questão, pois aquela questão influenciará decisivamente no teor da decisão a ser proferida. Torna-se, pois,

¹⁷ - A esse respeito, por referir que o art. 13, § 10 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 é apontado pelos especialistas como um marco notável do nosso sistema de controle de constitucionalidade, cf. Zeno Veloso, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, Ed. CEJUP, Pará-São Paulo, 1999, p. 30.

¹⁸ - O autor explica que a questão prejudicial é aquela que necessariamente deve ser apreciada pelo juiz para que possa decidir a causa principal, pelo que além dos caracteres de ser uma questão a ser previamente examinada pelo mesmo juiz para decidir outra questão considerada principal, com que ela se relacione, é indispensável, que se torne indispensável esse exame, ou, como ensina: Se, para a solução da questão x, o juiz simplesmente pode, mas não precisa, inserir em seu raciocínio a solução da questão y, esta não merecerá a qualificação de prejudicial, aplicável, ao contrário, à questão z, cuja solução seja por hipótese indispensável à de x. Aos caracteres anteriormente apontados, pois, acrescente-se o da necessidade: só será prejudicial a questão necessariamente posta como antecedentes lógico da solução de outra. Os grifos são do original. Cf. “Questões prejudiciais e Coisa julgada”, Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1967, ed. esgotada, p. 54.

uma questão prejudicial constitucional. Nesse sentido, deve-se entender que esse tipo de controle é pela via da exceção.

Assim, longe de significar que somente é cabível quando se alega esse vício por ocasião da defesa, se deve entender que, nesse controle, não pode o juiz apreciar a alegada inconstitucionalidade como um pedido em si, dito *principaliter*¹⁹. Ademais, a questão apreciada incidentalmente pelo juiz monocrático volta a ser apreciada em grau de recurso pelo Tribunal competente para revê-la. Aqui, tem cabida o art. 97 da CF/88, nascido com a CF/1934 de “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Observe-se, porém – e isto constitui a característica maior dessa espécie de controle – que a decisão apenas atinge as partes entre as quais é dada, na forma do que estabelece o art. 472 do CPC. Nesse sentido ADA PELLEGRINI GRINOVER observa que a decisão jamais poderá alcançar a terceiros porque jamais se transforma em questão decidida *principaliter*.²⁰

3.2 O CONTROLE ABSTRATO/CONCENTRADO

O exercício do controle abstrato ou concentrado se dá apenas no STF e a esse respeito já existe a Lei nº 9.868/99, cuja ementa faz referência expressa à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADConst), à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e, por fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

4. OS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE, NO BRASIL

Aqui se encontra o cerne do trabalho. Pretende-se sistematizar os efeitos jurídicos produzidos no controle de constitucionalidade, no Brasil, que se resumiu na expressão que encima este trabalho.

¹⁹ - Cf., a esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, “Controle da Constitucionalidade”, artigo publicado na Revista Forense, janeiro-fevereiro-março de 1998, vol. 341, ano 1994, p. 03-12, mais precisamente p. 03-04.

²⁰ - Essa autora menciona, expressamente, afirma que no controle difuso existe uma questão prejudicial, pelo que jamais se revistirá da autoridade de coisa julgada, “... não sendo apta a declarar a nulidade ou anular lei inconstitucional. A resolução do Senado não revoga nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia”. Cf. “Controle de Constitucionalidade”, artigo citado, p. 03-04.

O estudo buscará examinar os efeitos produzidos quanto à norma anterior que havia sido revogada pela norma objeto do controle de constitucionalidade, o alcance em respeito às partes e em respeito a terceiros, bem como em respeito ao teor da própria norma impugnada, se toda ela ou parte dela e em que condições. Para isso, o exame se fará em respeito ao controle difuso e abstrato, que abrange a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

4.1 CONTROLE ABSTRATO/CONCENTRADO

A característica mais importante desse sistema de controle está confirmada no art. 28, Parágrafo Único: de ter efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração, com eficácia *erga omnes*, bem como de apresentar forte natureza ambivalente: manejada a ação que visa provocar a declaração de inconstitucionalidade da lei, se esta ação for julgada improcedente, declara-se a constitucionalidade, e vice-versa.

Esta última característica foi objeto das críticas procedidas por LÊNIO LUIZ STRECK, com lastro em autores portugueses, como J. J. CANOTILHO e RUI MEDEIROS, que, aqui, se aprecia incidentemente, por se inserir no desdobramento do tema..

O art. 26 da Lei nº 9.968/99 soa:

“Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

O dispositivo reflete o magistério de autores como GILMAR FERREIRA MENDES²¹ e MERLIN CLÉMERSON CLÉVE haviam escrito de que a ação declaratória de constitucionalidade nada mais era do que uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado.

²¹ - Realmente, esse autor afirma que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nada mais é que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com sinal trocado. Cf. “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993”, artigo inserto na obra coletiva “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 51-106, mais precisamente p. 56.

Nas críticas desferidas pelo douto LÊNIO LUIZ STRECK, em primeiro lugar, se argüi que se houvesse a propalada ambivalência entre essas duas ações, no sentido de que uma é o reverso da outra, não haveria, absolutamente, necessidade da criação da ação declaratória, em face do raciocínio rigorosamente lógico que se constrói: se de uma afirmação se pode tirar uma negação, então se conclui que há ambivalência. Ou seja, o que se afirma num enunciado pode produzir outro enunciado com sentido contrário, donde a conclusão de que *Se uma proposição afirma algo de forma negativa, e, no seu reverso, se afirma positivamente a mesma coisa, então é uma coisa só*. Ora, se assim é – argumenta – por que se tornaram necessárias duas coisas – no caso a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade – para dizerem a mesma coisa? Isso não se ajusta à lógica por conduzir ao raciocínio inverso: *Se há proposição que afirma e outra que nega, uma ao lado da outra, segue-se que elas não são a mesma coisa, mas duas coisas diferentes*.²²

Depois, a experiência no direito comparado é a de que não existe essa ambivalência. J. J. GOMES CANOTILHO, ao apreciar o controle de constitucionalidade concreto pelo Tribunal Constitucional – que corresponde ao nosso controle incidental – observa, *verbis*:

*Qualquer que seja o rito de **decisão de não provimento** (grifo do original) o sentido desta decisão não é o de “declarar” positivamente a regular-i-dade constitucional da norma ou normas impugnadas, mas tão-somente o de julgar insubsistente um determinado vício em determinadas normas a aplicar a um caso concreto e que foram objecto de recurso de inconstitucionalidade. As normas podem ser inconstitucionais sob outros pontos de vista não considerados pelo Tribunal, porque sobre eles não incidiu qualquer dedução em juízo (perante o juiz **a quo** (grifo do original) ou no próprio recurso).*

*Conseqüentemente, a norma é susceptível de vir a ser considerada inconstitucional por outros motivos e pode até acontecer que, sobre idêntica questão, o Tribunal proceda, noutros casos, o reexame dos argumentos, concluindo pela irregularidade dos preceitos constitucionais.*²³

A partir aí, o autor elabora uma criteriosa síntese dos argumentos con-

²² - O raciocínio foi construído por Lênio Luiz Streck e nos limitamos a repeti-lo, esforçando-nos por torná-lo mais claro. Cf. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2002, p. 608.

²³ - Cf. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 891.

trários a essa pretendida ambivalência, esforçando-se por mostrar que, ainda que a lei a tenha contemplado, contraria a natureza mesma da jurisdição constitu-cional. Os tópicos do raciocínio que podem ser resumidos – para os propósitos da presente abordagem – aos seguintes: a) inexistência da ação declaratória de constitucionalidade no direito comparado; b) a extensão da controvérsia constitucional provocada perante o STF; c) a possibilidade de produzir ou não coisa julgada nos respectivos julgamentos; d) as contradições que a presuntiva ambivalência provoca com a técnica de interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução do texto.

Pelo primeiro, o autor registra que se em Portugal as decisões que julgam improcedentes, no juízo da pretensão de inconstitucionalidade, se resumem a reconhecer uma “não declaração de inconstitucionalidade”, mas não uma declaração de constitucionalidade, na Suíça, têm assumido um “caráter puramente negativo”. Já na Espanha, Itália, Bélgica, Irlanda e Áustria – também asseguram – os provimentos denegatórios em sede de recursos constitucionais – que equivalem à nossa ação direta de inconstitucionalidade – são caracterizados apenas como “negação de provimento”.

Pelo segundo, não se poderia estabelecer a equiparação porque “enquanto para a ADIN não se exige a prova da controvérsia anterior, e o elenco de legitimados para a sua propositura é bem mais extenso, na ADC a exigência da comprovação da relevância dá a esta um feitio bem diferenciado”.²⁴ Pelo terceiro – a possibilidade de produzir ou não coisa julgada nos respectivos julgamentos – a conclusão resulta da observação já feita por J. J. CANOTILHO de que, em razão de o ordenamento jurídico português – o que vale também para o brasileiro – filiar-se ao sistema romano-germânico.

Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade fizesse coisa julgada, significaria que se estava consagrando a regra do *stare decisis* ou da vinculação a precedentes judiciais, que não se compadece com o nosso ordenamento jurídico, pelo que conclui com a afirmação de outro autor luso – NUNES DE ALMEIDA – de que, em sentido inverso das decisões de pronúncia de inconstitucionalidade, “as decisões de não inconstitucionalidade apenas fazem *caso julgado formal*” (ou coisa julgada formal).²⁵

²⁴ - Idem, ibidem, p. 604-605.

²⁵ - Idem, ibidem, com remissão à obra de Canotilho – “Teoria da Constituição”, ob. cit., p. 993 e 994 e de Luís Nunes de Almeida, “A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas”, artigo inserto na obra “Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas”. Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987, p. 134.

Pela quarta e última - as contradições que a presuntiva ambi-valência provoca com a técnica de interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução do texto – tem-se que a admissão da mencionada ambivalência entre as duas espécies de ação destinada ao controle abstrato da constitucionalidade provoca profunda contradição com as técnicas que permitem a interpretação conforme a Constituição e/ou a decretação da nulidade parcial sem redução do texto, pois que ambas assentam no princípio de que as normas editadas gozam da presunção de constitucionalidade.

A admissão de que o entendimento de que a simples rejeição da Ação Declaratória de Constitucionalidade implica reputar-se inconstitucional a norma briga com esse princípio, por impedir que se exercitem essas técnicas, aliás, contraditória-mente expressas no texto da mesma lei²⁶.

Discordo, respeitosamente, dessas conclusões e observo que os poderosos argumentos apresentados devem ser enfrentados com muita cautela e cuidado.

Quanto ao primeiro argumento, GILMAR FERREIRA MENDES relaciona várias hipóteses em que o Tribunal Constitucional alemão decidiu uma típica ação declaratória de constitucionalidade. Isso se dera, pela primeira vez, quando o *Bundesverfassungsgericht* decidiu a ação proposta pelo Governo do Estado da Baixa Saxônia que postulava fosse declarada a constitucionalidade do regulamento de 8 de julho de 1952, editado pelo Governo estadual sobre a organização judiciária estadual, para afirmar que:

“A Corte Constitucional, após considerar admissível a ação (*ação proposta por um Governo Estadual que considera válida disposição do direito estadual, após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição*) reconheceu a incompatibilidade do regulamento com a Lei Fundamental, declarando a sua nulidade, nos seguintes termos: “O Regulamento editado pelo ministério da Baixa Saxônia sobre a mudança da organização judiciária das comarcas de Bückbur e Hannover de 8 de julho de 1952 é nulo”.²⁷

²⁶ - Cf. Lênio Luiz Streck, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito”, ob. cit., p. 608.

²⁷ - Os grifos são do original., onde se remete a seguinte fonte BverfGE 2, 307 (308). Cf. “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: A Inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993”, ob. cit., p. 64.

Evidente que, na hipótese indicada, se havia proposto uma *típica ação declaratória de constitucionalidade* – segundo afirmou GILMAR FERREIRA MENDES – o que, só por si, contraria o argumento de LÊNIO STRECK. Depois, se assinala que a decisão foi contrária, por reconhecer a inconstitucionalidade e, pois, revelar a ambivalência impugnada. Este mesmo autor (GILMAR FERREIRA MENDES) arrola outros precedentes do Tribunal constitucional alemão, de despecienda transcrição.²⁸

Em respeito ao segundo argumento, penso que LÊNIO STRECK apenas demonstra que a controvérsia da Ação Direta de Inconstitucionalidade é bem mais ampla do que a que dá origem à Ação Declaratória de Constitucionalidade, limitada à existência de uma controvérsia ou uma dúvida sobre a constitucionalidade da norma, como é próprio das ações declaratórias em geral, sem que tal observação possa servir para outra coisa que não a constatação de que essas ações apresentam controvérsias diferentes.

Tampouco me parece procedente o terceiro argumento. Ainda ambos os ordenamentos – tanto o ordenamento jurídico português como o brasileiro, que dele derivou – não consagram o princípio do *stare decisis*, nem por isso se pode deixar de reconhecer a existência – já no antigo direito português – dos precedentes vinculativos, como nos assentos da velha Casa de Suplicação de Portugal, por força das regras das ordenações manuelinas de 1521 (Liv. V, Tít. 58, § 1º), seguidas nas Ordenações Filipinas (Liv. I, Tit. 5, § 5º), orientação que foi mantida no Código Civil daquele país de 1966, no art. 2º.²⁹ Desnecessário também lembrar que, no Brasil, temos as Súmulas dos Tribunais, que embora não sejam vinculantes – como se deseja que sejam, na reforma em andamento – produz efeito semelhante.

Depois, há que se entender que não se pode transpor para o processo próprio da jurisdição constitucional – reconhecidamente um processo objetivo (*Objektive Verfassung*) – os institutos próprios da jurisdição comum, no caso o da coisa julgada, buscando-lhe aplicação idêntica, com a mesma extensão.

Nesse sentido, é ainda GILMAR FERREIRA MENDES que refere a eficácia *erga omnes* prevista no dispositivo da lei impugnado, há de ser vista como categoria de direito processual específica do tipo de processo de controle abstrato de cons-ti-tu-cio-na-lidade. Em razão disso, me parece e que ainda

²⁸ - Idem, ibidem, p. 65 e s.

²⁹ - Como o demonstrou o mesmo Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 83.

que o STF tenha declarado constitucional um texto de lei, na apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, nada impede que aprecie uma futura Ação de Inconstitucionalidade sobre a mesma lei, desde que se apresente uma nova questão, sem que se possa alegar a existência de coisa julgada.

Vale a observação de que, mesmo no processo tradicional, tem-se considerado as sentenças como integradas pela cláusula *rebus sic stantibus*.³⁰

O quarto e último argumento é contraditado por si mesmo. Se o próprio texto da lei admite a técnica de interpretação conforme a constituição e da nulidade parcial sem redução do texto é exatamente porque o dispositivo impugnado – art. 26 da Lei nº 9.968/99 – tem perfeito cabimento. Se eventualmente julgar uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, o STF pode exercitar essas técnicas e nada impede que, ao concluir por entendimento contrário ao que se pediu – inconstitucionalidade, quando se pedia a declaração de constitucionalidade, ou vice-versa – aplique essas técnicas.

Ao cabo desse exame, concluo que muito embora se trate de crítica muito bem elaborada, e bem fundamentada, acerca da disciplina brasileira do controle de constitucionalidade em abstrato, nem por isso deve ser acolhida.

4.2 CONTROLE DIFUSO

Nesse tipo de controle, o Juiz de primeiro grau – ou juízo monocrático – apenas afasta, recusa-se a aplicar a norma reputada inconstitucional.

Em respeito aos efeitos produzidos quanto à norma anterior afastada incidentalmente pelo magistrado no exercício do controle difuso, fere-se uma questão que tem provocado acesas discussões: pode o Juiz afastar a aplicação de uma lei, por reputá-la inconstitucional e, ao mesmo tempo, aplica a disciplina da outra lei que teria sido por ela revogada?

A resposta a essa indagação, de grande importância prática, envolve o exame, ainda que sumário, dos efeitos da declaração de constitucionalidade: inexistência, nulidade ou anulabilidade?

Os autores têm resumido a doutrina e jurisprudência a respeito – nacional e estrangeira. ZENO VELOSO, por exemplo, resume as posturas de clássicos americanos – MARSHALL, CHARLES KENT e BLACK, além de outros – que sustenta que todo ato legislativo contrário à Constituição é nulo, posição

³⁰ - Cf. Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 96-98.

acompanhada por RUI BARBOSA. ALFREDO BUZAID, por sua vez, defende que a sentença de inconstitucionalidade é predominantemente declaratória, não constitutiva.

Em consequência, reconhece-se uma nulidade *ab initio*, para concluir que o Poder Judiciário não modifica o estado da lei, para considerar nulo o que era válido, mas declara a invalidade da lei, declara-a, pois, natimorta. Por fim, faz-se referência a FRANCISCO CAMPOS, com o argumento de que a lei inconstitucional não é nula, nem anulável, mas inexistente.³¹

Nada obstante a variedade de opiniões, o entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA me parece o melhor. No controle difuso, a questão prejudicial de constitucionalidade – apreciada *incidenter tantum* – produz uma sentença declaratória, ainda que – no primeiro grau – limitada à negativa de aplicação da norma impugnada ao caso concreto e – no segundo – quando se transforma em questão *principaleter*, com decisão destinada a produzir efeitos *inter partes*, para cuja decisão se exige quorum qualificado, mantém essa mesma natureza³². É o que se lê no art. 97 da CF/88: *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público* (o original não está grifado). Logo, se a decisão judicial afasta a incidência da norma por considerá-la inconstitucional, com preponderante carga declaratória, produz efeitos *ex tunc*. Evidente, assim, que se considera que não houve lei apta a produzir nenhum efeito no mundo jurídico. E se não houve lei com essa aptidão, segue-se que essa lei declarada inconstitucional não revogou a lei anterior. Em consequência, a lei pseudo revogada incide na espécie. *Tertius non datur*.³³

4.3 A QUESTÃO DA REPRISTINAÇÃO DA LEI QUE REVOGOU LEI ANTERIOR E QUE, POSTERIORMENTE FOI AFASTADA, POR INCONSTITUCIONAL

A questão tem provocado acesas discussões e não pretendo, em um artigo, enfrentá-las todas elas nem muito menos resolvê-las. Limito-me a contribuir

³¹ - Cf. “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, ob. cit., p. 192-193.

³² - Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, 20ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 35, de 20.12.2001), p. 52-54.

³³ - Nesse sentido, C. A. Lúcio Bittencourt, “O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis”, edição atualizada por José Aguiar Dias, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1968, 2ª ed., p. 131-133.

para o debate por apresentar a opinião pessoal a respeito, com os fundamentos do meu convencimento.

Em respeito a questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi julgada inconstitucional), sei, por exemplo, que OSWALDO LUIZ PALU sustenta que se trata de admitir um caráter repristinatório que se não compadece com o ordenamento jurídico brasileiro. Para este autor, isso se dá tão somente porque não há limites expressos na Constituição que, naturalmente, impedisse a produção desses efeitos. Respeitosamente discordo desse entendimento. Não se trata de repristinar a norma anterior porque a norma declarada inconstitucional não a revogou: é uma norma natimorta sem aptidão para provocar nenhum efeito no mundo jurídico, muito menos o de revogar outra lei. Ademais, se disciplina houvesse, creio que somente poderia ser no sentido inverso ao que sustentou o referido autor, na forma, aliás, do que encontra disciplinado pela Constituição da República Portuguesa (CRP), no artigo 282º, I, exatamente nesse sentido, sob pena de criar-se um vazio legislativo. É ler:

“Art. 282º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de legalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a *repristinação* (sem grifos no original) das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

Somente com esse alcance se poder entender o sentido da postura adotada a esse respeito pelo STF, como se colhe do precedente do Ministro CELSO DE MELLO, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5-Maranhão, em que se apreciou uma questão de ordem ali suscitada, de onde extraio o seguinte escólio:

“A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, *com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a*

*sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”.*³⁴

Esse entendimento invocado quando da solução da questão que me havia sido apresentada na condição de Juiz Federal de 1º grau, na Seção Judiciária de Alagoas, em que invoquei em apoio o precedente supratranscrito, mas se robustece com o novo precedente jurisprudencial, já agora utilizado no desate do mencionado AGTR Nº 58586/AL, em que atuei no exercício das funções que exerço, como integrante da 1ª Turma do TRF da 5ª Região, que se passa a transcrever:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. EMPRESA AGRO-INDUSTRIAL. EFEITO REPRISTINATÓRIO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

(...)

2. Ao centrar seus fundamentos no princípio estatuído no artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a decisão embargada deixou de examinar aspecto de fundamental importância para o correto desate da lide, concernente à abrangência e especificidade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado.

3. A declaração de inconstitucionalidade em tese, ao excluir do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida, conduz à restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional.

4. *Sendo nula e, portanto, desprovida de eficácia jurídica a lei inconstitucional, decorre daí que a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios, que irão atingir, inclusive, a cláusula de revogação, seja ela expressa ou implícita, a não ser que o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da medida.*

5. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a repristinação prevista no artigo 2º, § 3º, da

³⁴ - Naturalmente o original não está grifado. Cf. Decisão unânime do Plenário do STF. In DJU de 2.04.93, P. 5615.

LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, sequer há revogação no plano jurídico.

6. Embargos de declaração conhecidos para, conferindo-lhes o efeito modificativo, dar provimento ao recurso especial.

(EDRESP 445455/BA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 12/08/2003, DJ em 15/09/2003)”.

Evidente que os precedentes se referem à declaração de inconstitucionalidade em tese, da competência exclusiva do STF. Nada obstante, não me parece que tampouco possa o juiz monocrático deixar de aplicar uma norma a um caso concreto e, ao mesmo tempo, deixar de reconhecer que nele incida a norma que se tinha por revogada por aquela cuja incidência afastou, por não ser possível admitir-se o vácuo legislativo.

Isso ganha relevo sobretudo quando o magistrado acolhe a alegação de inconstitucionalidade de norma fiscal, de modo a provocar perplexidades como as que me assaltaram quando, na condição de Juiz Federal Titular da 1ª Vara, em Maceió, acolhi a alegação de inconstitucionalidade da cobrança do IPI através da pauta fiscal, determinada pela Lei e tive de apreciar – porque com requerimento expresso da Fazenda Nacional para que o fizesse - a alegação de que caso afastasse o regime instituído com base em ato do Ministro da Fazenda, com espeque no Decreto-lei nº 1.593/77, da pauta fiscal, adotasse o anterior, que havia presuntivamente sido revogado pelo diploma legal que se reputava inconstitucional. Apesar de haver sido inicialmente concedida a medida liminar, foi ela reformada, proferindo-se sentença em que muito embora se tivesse afastado o regime da pauta fiscal, determinou que se promovesse a cobrança na forma anterior, firme na orientação do TFR da 5ª Região, do então DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA, que orgulhosamente eu viria a suceder, cujo precedente se transcreve:

‘TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. PAUTA FISCAL. SUS-PEN-SÃO DA EXIGIBILIDADE DO IPI ATÉ SURGIMENTO DE NOVA SISTEMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

– Agravo de instrumento interposto visando a assegurar a não submissão ao recolhimento do IPI pelo regime da pauta fiscal, até que seja instituído um novo regime de tributação.

- Não é possível afastar a pauta fiscal e não impor ao contribuinte o recolhimento sobre o valor real da operação.
- Agravo inominado improvido”.³⁵

4. BREVES CONCLUSÕES

Evidente que essas reflexões, provocada no exercício da atividade jurisdicional e enriquecida com a pesquisa acadêmica, não esgota o assunto. Nem se pretendeu chegar a tanto.

Parece-me óbvio, no entanto, que por mais que se argumente que uma lei que tenha revogada outra, instituindo uma nova disciplina fiscal e, que, por sua vez, seja declarada inconstitucional – ou, mesmo, seja deixada de afastada de aplicação no caso concreto, no controle difuso exercido pelos juízes brasileiros – não possa mais ser aplicada porque isso importaria repristinação, exigindo-se que venha nova lei instituindo nova disciplina, que pode mesmo ser a anterior, que se tinha por revogada, não se compadece com a lógica do razoável.

Se se afastou a aplicação de uma lei – qualquer que tenha sido o tipo de controle de constitucionalidade exercido – me parece evidente que a lei anterior, que se tinha pro revogada, volta a vigor, porque uma lei inconstitucional não produz efeito nenhum. Ainda que se identifique tal fenômeno como o de repristinação, não deve ser confundido com o fenômeno, do mesmo nome, a que se refere o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, porque, como bem observou o Ministro JOÃO OTÁVIO NORONHA, na precisa hipótese da declaração de inconstitucionalidade sequer há revogação, no plano jurídico.

Insista-se, além disso, que essas reflexões, procura estimular o debate a respeito da momentosa questão. Nada mais

³⁵ - Agravo Inominado no Agravo de instrumento (AGIAG) 40599-PE (200205000016213). Ac. Un. da 1ª Turma do TFR da 5ª Região. In DJU de 23.04.2002, p. 409.